

BAB II TINJAUAN PUSTAKA

A. Landasan Konseptual

1. Tinjauan Umum Tentang Sistem Hukum Negara Indonesia dan Negara Australia

Sistem hukum¹ memiliki tujuan untuk mewujudkan suatu kerja sama antara negara yang satu dengan negara lainnya dengan harapan atau demi mencapai suatu tujuan bersama atau kepentingan bersama yang kemudian menjadi satu-kesatuan dari berbagai unsur yang saling berinteraksi, meskipun demikian, sistem hukum tidak hanya sekedar aturan atau peraturan, perintah hingga larangan, melainkan juga memiliki atau berisi mengenai aturan tentang aturan prosedur dari aturan yang membedakan suatu aturan dari yang bukan/tidak termasuk sebagai aturan.

Aturan tersebut kemudian dinamakan sebagai “aturan sekunder”, sedangkan perilaku aturan nyata disebut sebagai “aturan primer” oleh H.L.A.Hart, sehingga suatu peraturan atau hukum dapat disimpulkan merupakan kumpulan aturan primer dan aturan sekunder.

Terdapat perbandingan sistem hukum yang memiliki tujuan serta fungsi untuk memperoleh suatu pemahaman yang bersifat *comprehensive* atau luas/lengkap, manfaat-manfaat tersebut kemudian dibagi menjadi 2 (dua), yaitu:²

- 1) Manfaat Internal, yaitu manfaat yang diperoleh dengan cara mempelajari perbandingan sistem sehingga dapat memahami potret budaya hukum negaranya sendiri serta untuk mengadopsi peraturan milik hukum asing atau internasional yang positif dengan tujuan untuk membangun hukum nasional.

¹ Menurut Lawrence M. Friedman, sistem hukum merupakan suatu sistem yang meliputi substansi, struktur dan budaya hukum, sehingga sistem hukum secara cakupan dan materi kajian menyangkut legislasi (produk hukum), struktur, dan budaya hukum.

Ade Maman Suherman, S.H.,M.Sc., *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum Civil Law, Common Law, dan Hukum Islam*, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2004), hlm. 11.

² *Ibid*, hlm. 19

- 2) Manfaat Eksternal, yaitu manfaat yang diperoleh dengan cara mempelajari perbandingan sistem, baik secara individu, organisasi hingga negara sehingga dapat mengambil suatu sikap yang tepat dan benar saat melakukan hubungan hukum dengan negara lain atau hubungan internasional yang berbeda sistem hukumnya.

Sistem hukum kemudian dibagi menjadi 2 (dua), yaitu Sistem Hukum *European Continent* (Eropa Benua Kontinental) atau disebut juga sebagai *Civil Law*, dan Sistem Hukum Inggris atau disebut sebagai *Common Law*.³

Lawrence M. Friedman menerangkan bahwa sistem hukum memiliki fungsi pokok sebagai control social yang pada dasarnya berupa pemberlakuan peraturan mengenai mana perilaku yang benar dan yang mana perilaku yang dianggap tidak benar oleh negara dan masyarakat⁴, sehingga suatu hukum dapat menciptakan norma-norma serta kekuatan sosial yang menyebabkan suatu tekanan yang akan membentuk suatu hukum yang berisi peraturan, prinsip serta instruksi-instruksi bagi masyarakat pada umumnya dalam suatu negara.

Berikut merupakan tabel atau gambaran perbedaan sistem hukum *civil law* dan sistem hukum *common law*, yaitu:⁵

Perbedaan	Civil Law	Common Law
Sumber Hukum	1. Undang – undang dibentuk oleh legislatif (<i>statutes</i>). 2. Peraturan – peraturan hukum. 3. Kebiasaan (custom) yang hidup dan diterima sebagai hukum oleh masyarakat.	1. Putusan hakim / putusan pengadilan / yurisprudensi (<i>judicial decisions</i>). 2. Peraturan hukum tertulis (Undang – undang), peraturan administrasi dan kebiasaan.

³ Satjipto Raharjo, *Ilmu Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2006), hlm. 235.

⁴ Lawrence M. Friedman, *Sistem Hukum Perspektif Ilmu Sosial*, (Bandung: Nusa Media, 2011), hlm. 20.

⁵ Linda, “Perbedaan sistem Hukum Eropa Kontinental dan Anglo Saxon/Civil Law”, diunduh 05 Agustus 2019.

Bentuk	<ol style="list-style-type: none"> 1. mengenal sistem peradilan administrasi. 2. menjadi modern karena pengkajian yang dilakukan oleh perguruan tinggi. 3. tidak dibutuhkan lembaga untuk mengoreksi kaidah. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. hanya mengenal satu peradilan untuk semua jenis perkara 2. dikembangkan melalui praktek prosedur hukum 3. dibutuhkan suatu lembaga untuk mengoreksi, yaitu lembaga equity. Lembaga ini memberi kemungkinan untuk melakukan elaborasi terhadap kaidah-kaidah yang ada guna mengurangi ketegaran.
Kodifikasi hukum	Dikenal dengan adanya kodifikasi hukum	Tidak ada kodifikasi
Keputusan hakim	tidak dianggap sebagai kaidah atau sumber hukum	keputusan hakim terdahulu terhadap jenis perkara yang sama mutlak harus diikuti.
Pandangan hakim	lebih tidak teknis, tidak terisolasi dengan kasus tertentu	pandangan hakim lebih teknis dan tertuju pada kasus tertentu.
Kategoris	bangunan hukum, sistem hukum, dan kategorisasi hukum didasarkan pada hukum tentang kewajiban	kategorisasi fundamental tidak dikenal. Pada sistem hukum eropa kontinental strukturnya terbuka untuk perubahan sedang pada sistem hukum anglo saxon berlandaskan pada kaidah yang sangat kongrit.
Dasar hukum	Kodifikasi hukum	Yurisprudensi / keputusan hakim
Peran hakim	Tidak bebas menciptakan hukum baru karena hakim hanya berperan menetapkan	Bertugas menafsirkan dan menetapkan peraturan, menciptakan kaidah hukum

	dan menafsirkan peraturan yang ada berdasarkan wewenang yang ada padanya	baru yang mengatur tata kehidupan masyarakat, menciptakan prinsip hukum baru yang berguna sebagai pegangan bagi hakim dalam memutuskan perkara
--	--	--

Tabel 2.1 Perbedaan Civil Law dan Common Law

Negara Indonesia memiliki sistem hukum yang berbeda dari negara Australia. Perbedaan tersebut merupakan penyebab berbedanya latar belakang bahwa negara Indonesia merupakan *hegemoni* (kepemimpinan atau sejarah jajahan) kekuasaan negara Belanda, sedangkan negara Australia merupakan negara dengan bekas jajahan/koloni dari negara Inggris. Latar belakang tersebut kemudian mempengaruhi penggunaan sistem hukum pada kedua negara tersebut.

a) Tinjauan Umum Tentang Sistem Hukum Negara Indonesia

Negara Indonesia mengalami sejumlah perubahan terhadap sistem hukumnya, demi terwujudnya perubahan perundang-undangan colonial serta untuk membangun sebuah sistem hukum nasional yang berdasarkan Pancasila sebagai falsafah atau pedoman negara dan berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945⁶ (untuk selanjutnya disebut sebagai “UUD 1945”).

Negara Indonesia menganut sistem hukum *civil law* dengan latar belakang *hegemoni* atau bekas jajahan/kekuasaan negara Belanda atas diterapkannya asas yang melandasi, sehingga penerapan hukum yang berlaku di Hindia Belanda memiliki sistem hukum yang sejalan dengan negara Belanda, asas ini disebut sebagai “Asas Konkordansi”.

⁶ The Constitution of August 18, 1945, was restored on July 05, 1959, it declares that Indonesia is a unitary state and a republic. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, Lancaster, 1985, hlm. 338.

Sistem hukum yang dianut oleh negara Indonesia atau *civil law system* memiliki berbagai bentuk sumber hukum dalam arti formal, salah satunya ialah peraturan perundang-undangan, kebiasaan/adat, serta yurisprudensi⁷. Hukum bentukan pada pemerintahan negara Indonesia merupakan Konstitusi Tertulis (disebut juga sebagai “Peraturan Tertulis”).

Sistem hukum *civil law* memiliki prinsip utama yang menjadi dasarnya, yaitu hukum yang memiliki kekuatan hukum mengikat. Kekuatan mengikat diwujudkan karena adanya peraturan perundang-undangan yang tersusun secara sistematis didalam kompilasi atau kodifikasi pada undang-undang tersebut, dengan suatu tujuan agar tercapainya suatu kepastian hukum atau perlindungan hukum.

Sistem hukum *civil law* memiliki segi positif dan segi negatif, segi positif dalam sistem hukum *civil law* negara Indonesia adalah:⁸

“Hampir seluruh aspek kehidupan masyarakat serta sengketa-sengketa yang telah terjadi sudah tersedia didalam undang-undang atau hukum tertulis, sehingga apabila terjadi atau timbulnya suatu kasus dapat diselesaikan atau adanya solusi atas kasus tersebut, sehingga suatu undang-undang atau hukum tertulis tersebut memiliki penjamin atas suatu kepastian hukum dalam proses penyelesaian sengketa tersebut.”

Segi negatif atas sistem hukum *civil law* negara Indonesia adalah:

“Timbulnya beberapa kasus sebagai akibat dari kemajuan zaman atau generasi yang tidak tersedia atau tidak tertulis didalam undang-undang dan/atau peraturan hukum tertulis, sehingga kasus tersebut tidak dapat diselesaikan sengketa didalam pengadilan. Sementara hukum tertulis pada suatu saat akan tidak dapat digunakan lagi akibat dari perkembangan dan kemajuan zaman manusia akibat dari sifat statisnya, sehingga sistem hukum civil law tidak menjadi dinamis dan penerapannya cenderung kaku karena tugas

⁷ Menurut Prof. Subekti, yurisprudensi adalah hasil pengadilan atau putusan-putusan hakim yang telah memiliki atau berkekuatan hukum tetap dan dibenarkan oleh Mahkamah Agung sebagai pengadilan kasasi, atau putusan Mahkamah Agung sendiri yang sudah berkekuatan hukum tetap. Prof. R. Subekti, S.H., *Kamus Hukum dan Yurisprudensi*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1996)

⁸ R. Abdoel Djamali, *Pengantar Hukum Indonesia, Ed.2*, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2007), hlm. 69.

hakim hanyalah sekedar sebagai alat undang-undang. Hakim tidak dapat leluasa dalam menciptakan peraturan yang mempunyai kekuatan mengikat umum, melainkan tugas seorang hakim hanya untuk menetapkan serta menafsirkan peraturan-peraturan dalam batas kewenangannya guna mendapatkan nilai keadilan yang sesungguhnya.”

b) Tinjauan Umum Tentang Sistem Hukum Negara Australia

Seperti negara *hegemoni* atau bekas jajahan negara Inggris lainnya, negara Australia adalah salah satu negara yang menganut sistem hukum *common law* yang berkembang semenjak abad ke-13 (tiga belas) hingga saat ini, sebagai suatu hukum terhadap kasus, hakim, dan pengadilan, meskipun demikian, terdapat perbedaan besar antara hukum umum negara Inggris dan negara Australia.⁹

Negara Australia tidak memiliki undang-undang hak konstitusional, meski terdapat beberapa hak tersurat yang dijamin oleh Konstitusi¹⁰, perlindungan secara tidak langsung tertentu telah diakui melalui implikasi atau sebagai konsekuensi dari prinsip konstitusional lainnya (contohnya: terdapat jaminan tersirat dari kebebasan komunikasi politik).

Negara Australia selaku penganut sistem hukum *common law* pada umumnya hukum dibuat oleh keputusan hakim dan pengadilan, sehingga hakim dalam negara yang menganut sistem *common law* memiliki kewenangan yang lapang dan luas untuk melakukan penafsiran terhadap peraturan yang berlaku serta membuat putusan dengan menciptakan/membentuk prinsip-prinsip hukum yang baru, sehingga hukum yang dibentuk tersebut bertindak sebagai preseden¹¹ yang bersifat mengikat pada keputusan selanjutnya.

⁹ Finn, Paul. "*Common Law Divergences*". (Melbourne University Law Review, 2013), hlm. 509.

¹⁰ Menurut K.C. Wheare, Konstitusi adalah keseluruhan sistem ketatanegaraan suatu negara yang berupa kumpulan peraturan yang dibentuk untuk mengatur dan memerintah dalam pemerintahan suatu negara.

Wikipedia, "*Pengertian Konstitusi Menurut Para Ahli*"

<https://id.wikipedia.org/wiki/Konstitusi>, diunduh tanggal 23 September 2019.

¹¹ Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (untuk selanjutnya disebut sebagai "KBBI"), preseden adalah hal yang telah terjadi lebih dahulu dan dapat dipakai sebagai pedoman atau contoh pada masa mendatangnya.

Prinsip-prinsip negara Australia yang menganut sistem hukum *common law* memiliki segi positif berupa perlindungan hak-hak masyarakat secara tidak langsung melalui pemisahan kekuasaan, sehingga pengadilan diharuskan untuk memiliki independen¹² serta tidak memihak kepada cabang-cabang pemerintah lainnya. Hak Asasi Manusia masyarakat dalam negara Australia umumnya dilindungi oleh undang-undang dan hukum umum (*common law*).

Segi positif lainnya¹³ dalam sistem hukum *common law* di negara Australia mengandung konsep yang dimaksudkan untuk memberikan perlindungan kepada anak-anak dan orang-orang penyandang cacat dengan kepentingan hak atas peradilan yang adil bagi seluruh masyarakat dalam negara Australia¹⁴.

2. Tinjauan Umum Tentang Memorandum of Understanding

a) *Memorandum of Understanding* Menurut Hukum Internasional

Perjanjian pra-kontrak dalam bentuk *Memorandum of Understanding* (untuk selanjutnya disebut sebagai “*MoU*”) menurut hukum internasional, merupakan suatu dokumen yang menggambarkan perjanjian secara bilateral maupun multilateral yang terjadi dan lebih sering digunakan dalam kasus-kasus atau dalam posisi dimana para pihak yang bersangkutan tidak memiliki komitmen untuk mengikat satu sama lain atau tidak dapat membuat perjanjian dengan penegakan hukum, sehingga *MoU* dalam hukum internasional lebih sering disebut sebagai “*gentlement’s agreement*” atau “*perjanjian para pria*”.

¹² Menurut KBBI, independen adalah mereka yang berdiri sendiri, berjiwa bebas, dan tidak terikat.

¹³ “*The Common Law Principle of Legality in the Age of Rights*”, (D.Meagher: Melbourne University Law Review, 2011).

¹⁴ “*Common Law Rights in Australia*”, <https://www.humanrights.gov.au/our-work/rights-and-freedoms/common-law-rights-human-rights-scrutiny-and-rule-law>, diunduh tanggal 05 Agustus 2019.

Dalam hukum internasional, pengusaha maupun pemerintah lebih sering menggunakan *MoU* atau nota kesepahaman/nota kesepakatan untuk menunjukkan instrument internasional yang kurang formal daripada perjanjian tipikal atau internasional¹⁵ dalam melakukan suatu perjanjian daripada *Treaty* karena dianggap memiliki banyak manfaat praktis terutama terhadap masalah sensitif dan rahasia.

Tujuan dibuatnya *MoU* umumnya untuk mengadakan hubungan hukum, sebagai suatu surat yang dibuat oleh salah satu pihak yang isinya memuat kehendak, surat tersebut kemudian ditujukan kepada pihak lain yang diharapkan untuk dapat membuat *letter of intent*¹⁶ yang sejenis untuk menunjukkan niatnya.

MoU menurut hukum internasional tidak memiliki sifat mengikat secara hukum, tetapi para pihak yang bersangkutan dianggap memiliki tingkat keseriusan serta rasa menghormati yang lebih kuat bagi pihak lainnya dan dianggap sebagai langkah pertama untuk menuju suatu kontrak formal yang memiliki hukum mengikat¹⁷, *MoU* dibentuk dengan tujuan utama untuk mengadakan suatu negosiasi antar pihak, sehingga kontrak formal pada masa mendatang atau hasil dari *MoU* tersebut dianggap telah sempurna dan memiliki kekuatan hukum mengikat dan memaksa para pihak yang bersangkutan dalam perjanjian (*Treaty*).

¹⁵ “*Jurnal Internasional*”, unep_jufn_3_mechanisms_for_cooperation.pdf, diunduh tanggal 05 Agustus 2019.

¹⁶ *Letter of intent* memiliki perbedaan spesifik dari *MoU*, dimana *letter of intent* mengandung pengungkapan maksud dari satu pihak ke pihak lainnya tanpa harus di tandatangani oleh pihak yang bersangkutan sebagai tanda kesepakatan atau persetujuan bersama.

Wikipedia, “*Letter of Intent and Memorandum of Understanding*”

¹⁷ “*Memorandum of Understanding in International Law*”, <https://whatis.techtarget.com/definition/memorandum-of-understanding-MOU-or-MoU>, diunduh tanggal 05 Agustus 2019.

Alasan mengapa dalam hukum publik internasional maupun hukum perdata internasional lebih memilih *MoU* dibandingkan instrument atau perjanjian yang lebih formal dan mengikat adalah sebagai berikut:¹⁸

- a. Kewajiban berdasarkan hukum internasional dapat dihindari;
- b. *MoU* dapat diberlakukan di sebagian besar negara tanpa memerlukan persetujuan parlemen¹⁹;
- c. *MoU* dapat diberlakukan secara tepat waktu dan singkat disbanding perjanjian formal atau *treaty*;
- d. *MoU* dapat dimodifikasi tanpa negosiasi panjang, hasil dari negosiasi tersebut akan menjadi isi dari kontrak atau perjanjian formal yang memiliki kekuatan mengikat bagi hukum internasional.

b) Memorandum of Understanding Menurut Negara Indonesia

Bagi negara-negara internasional, suatu *MoU* dianggap dibentuk atau dibuat sebagai perjanjian informal dari “kontrak” atau “perjanjian”, para ahli hukum dunia berpendapat bahwa istilah *MoU* digunakan dengan alasan politis yaitu untuk menghindari penggunaan *agreement* yang dinilai lebih formal dan memiliki kekuatan hukum mengikat, sehingga sering kali *MoU* dinilai tidak memiliki kekuatan untuk mengikat pihak yang bersangkutan atau *non-legally binding* yang hanya memuat komitmen politik dan moral, meskipun demikian, negara dengan sistem hukum *civil law* menekankan prinsip bahwa setiap persetujuan yang dibuat antara negara (baik secara perjanjian formal maupun *MoU*) memiliki daya mengikat yang sama

¹⁸ “Implementasi Memorandum of Understanding dalam Hukum Internasional”, <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/contract-law/memorandum-of-understanding.php>, diunduh tanggal 05 Agustus 2019.

¹⁹ Menurut KBBI, Parlemen adalah badan legislatif yang terdiri atas wakil-wakil rakyat yang dipilih dan bertanggung jawab atas perundang-undangan dan pengendalian anggaran keuangan Negara.

dan setara dengan *treaties* (perjanjian formal dengan kekuatan hukum mengikat).

Mengingat bahwa negara Indonesia menganut sistem hukum *civil law*, *MoU* tidak memiliki undang-undang atau peraturan/ketentuan khusus yang mengatur tentangnya dalam negara Indonesia, meskipun demikian, apabila ditinjau melalui Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (untuk selanjutnya disebut sebagai “KUHPerdata”), *MoU* dipandang memiliki kekuatan hukum mengikat yang sama dengan perjanjian pada umumnya.

Memorandum of Understanding (MoU) memiliki definisi atau pengertian menurut para ahli hukum negara Indonesia, yaitu sebagai berikut:²⁰

Erman Rajagukguk, beliau berpendapat bahwa:

“Memorandum of Understanding adalah suatu dokumen yang isinya memuat saling pengertian diantara para pihak yang bersangkutan sebelum perjanjian dibuat, sehingga isi dari MoU kemudian akan dimasukkan kedalam kontrak atau perjanjian yang lebih formal dan memiliki hukum mengikat.”

Munir Fuady, beliau berpendapat bahwa:

“Memorandum of Understanding merupakan perjanjian pendahuluan, yang kemudian akan diikuti dan dijabarkan dalam perjanjian lain yang mengaturnya secara detail, sehingga suatu MoU hanya berisi hal-hal yang pokok saja.”

Berdasarkan pengertian *MoU* menurut kedua ahli hukum negara Indonesia, Penulis dapat menyimpulkan bahwa *MoU* masih dianggap sebagai alat pra-kontrak (sebelum terjadinya perjanjian formal secara tertulis) bagi negara Indonesia untuk melakukan suatu negosiasi yang hasilnya akan dimasukkan pada perjanjian atau *treaty* yang bersifat formal dan ditandatangani setelahnya.²¹

Meskipun hanya dianggap sebagai perjanjian pendahuluan, suatu *MoU* tersebut tetap dianggap memiliki kekuatan mengikat dan

²⁰ H. Salim HS., S.H., M.S., *Perancangan Kontrak dan Memorandum of Understanding*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2008), hlm. 46.

²¹ Ricardo Simanjuntak, *Hukum Kontrak Teknik Perancangan Kontrak Bisnis*, (Jakarta: Kontan Publishing, 2011), hlm. 45.

bersifat memaksa terhadap pihak yang membuatnya untuk mentaati dan/atau melaksanakan isi dari *MoU* tersebut, sehingga para pihak yang membuatnya harus memperhatikan isi dari *MoU* tersebut.

Kedudukan *MoU* dalam KUHPerdara dikemukakan dalam asas-asas perjanjian tertulis yang telah diatur oleh KUHPerdara, antara lain:

1) Asas Kebebasan Berkontrak²²

Asas ini memiliki arti dimana setiap individu/pribadi/orang memiliki kebebasan untuk membuat, merancang, membentuk dan mengadakan suatu hubungan mengikat yang disebut dengan perjanjian tanpa ada pembatasan yang bersifat melarang atau mengatur baik bentuk, isi perjanjian hingga pada siapa saja perjanjian tersebut ditujukan (kecuali yang telah diatur secara tegas dalam undang-undang). Asas ini merupakan cerminan atas kehendak bebas dan sebagai pancaran/cerminan Hak Asasi Manusia (HAM).²³

2) Asas Konsensualisme

Asas ini menjelaskan bahwa suatu perjanjian dianggap telah sah sejak adanya kata sepakat dari pihak-pihak yang mengikatkan diri didalam perjanjian tersebut.²⁴ Dapat disimpulkan bahwa suatu perjanjian cukup diadakan suatu kata sepakat dari kedua belah pihak yang membuat perjanjian tanpa diikuti dengan perbuatan hukum lain kecuali perjanjian yang memiliki sifat formal.²⁵

²² Mariam Darus Badruzaman, *Kompilasi Hukum Perikatan*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2001), hlm. 84.

²³ Menurut Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara, Asas Kebebasan Berkontrak menyatakan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah mengikat sebagai Undang-Undang bagi mereka yang membuatnya.

²⁴ Menurut Pasal 1320 ayat (1) KUHPerdara dalam Asas Konsensualisme menyatakan bahwa salah satu syarat sahnya perjanjian adalah adanya kesepakatan kedua belah pihak.

²⁵ A. Qiram Syamsudin Meliala, *Pokok-pokok Hukum Perjanjian Beserta Perkembangannya*, (Yogyakarta: Liberty, 1985), hlm. 20.

3) Asas Mengikatnya Kontrak²⁶

Asas ini dikenal juga sebagai *Pacta sunt servanda*, yang memiliki definisi bahwa setiap perjanjian yang telah dibentuk secara sah harus memiliki sifat mengikat bagi para pihak yang membuatnya untuk melaksanakan isi perjanjian yang disebut sebagai kewajiban.

Asas ini diatur dalam ketentuan Pasal 1338 ayat (2) KUHPerdara, dimana ketentuan ini menyatakan bahwa semua perjanjian yang telah dinyatakan sah tidak dapat ditarik kembali selain dengan kesepakatan atau persetujuan antara kedua belah pihak yang memiliki kepentingan tersebut, atau dengan alasan-alasan yang dinyatakan oleh peraturan undang-undang untuk menarik kembali perjanjian tersebut.²⁷

4) Asas Itikad Baik²⁸

Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara menegaskan bahwa semua perjanjian harus dilaksanakan dengan adanya itikad baik (*tegoeder trouw*) yang merupakan salah satu sendi penting dalam hukum perjanjian, yang berarti bahwa dalam pembuatan/pelaksanaan suatu perjanjian harus memenuhi serta mematuhi norma-norma kepatuhan dan kesusilaan, para pihak yang membuatnya juga harus selalu melandasi isi perjanjian tersebut dengan niat baik.

²⁶ Asas Kekuatan Mengikat juga ditegaskan dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara, yaitu dimana suatu perjanjian yang dibuat secara sah memiliki kekuatan mengikat dan berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.

²⁷ Dr. Ahmadi Miru, S.H., M.H., *Hukum Kontrak, Perancangan Kontrak*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2013), hlm. 4.

²⁸ *Ibid*, hlm.5.

5) Asas Obligator dari Suatu Kontrak

Maksud dari asas ini adalah apabila suatu kontrak telah dinyatakan sah, maka kontrak tersebut juga dinyatakan telah berlaku dan memiliki kekuatan mengikat meskipun hanya sebatas menimbulkan hak dan kewajiban antara para pihak yang bersangkutan serta suatu hak milik belum berpindah kepada pihak lainnya dalam taraf ini (untuk memindahkan hak milik, diperlukan suatu kontrak yang disebut dengan kontrak kebendaan/penyerahan (*levering*)). Mengenai sifat kontrak yang berkaitan dengan terjadi kontrak mengikat, maka suatu kontrak dan saat peralihan hak milik, memiliki perbedaan dari masing-masing sistem hukum yang ada. Berikut terdapat dua teori *levering*, yaitu:

(a) Kontrak Bersifat Riil

Teori ini menyatakan bahwa suatu kontrak memiliki sifat yang mengajarkan dimana suatu kontrak baru dianggap sah apabila telah dilakukan secara riil, yang berarti bahwa kontrak tersebut dianggap mengikat apabila telah dilakukannya suatu kesepakatan kehendak serta *levering* sekaligus. Prinsip transaksi yang bersifat “terang” dan “tunai” dalam hukum adat Indonesia merupakan suatu perwujudan dari prinsip kontrak riil ini.

(b) Kontrak Bersifat Final

Teori ini menganggap bahwa suatu kontrak telah bersifat final apabila suatu kata sepakat antara kedua belah pihak yang bersangkutan telah terbentuk, sehingga kontrak telah mengikat dan hak milik sudah berpindah tanpa kontrak khusus. Terdapat beberapa hal yang perlu diperhatikan untuk mengetahui apakah suatu *MoU* dapat dikatakan kontrak atau bukan, yaitu:

(1) Materi/substansi dalam *MoU*

Materi atau substansi yang diatur didalam pasal-pasal *MoU* dinilai sangat penting karena unsur-unsur yang terdapat didalamnya dapat berakibat kerugian pada pihak lainnya (contohnya apabila terdapat suatu perjanjian kerjasama antara pihak dalam suatu proyek pembangunan, tetapi pada saat proyek telah berlangsung sejauh 50%, salah satu pihak menyatakan pembatalan kerjasama tersebut dengan dalil bahwa proyek tersebut tidak berprospek baik/bagus), hal yang berakibat kerugian terhadap pihak lainnya dikaitkan dengan teori mengenai wanprestasi, sehingga untuk menghindari resiko kerugian yang dapat dilakukan oleh kedua belah pihak, maka dalam materi/substansi dalam *MoU* diatur dan disepakati oleh kedua belah pihak. Tetapi apabila dalam salah satu pasal *MoU* diterangkan bahwa pembiayaan atau suatu penggunaan jasa akan diatur dalam perjanjian lainnya secara detail, maka *MoU* tersebut tidak dapat dikatakan sebagai suatu kontrak dan belum memiliki sifat final dalam pembuatannya.

(2) Ada/tidaknya sanksi

Suatu *MoU* dinyatakan telah mengikat dan dapat dijadikan sebagai bukti dalam pengadilan apabila tercantum/diterangkan bahwa adanya sanksi tertulis dalam Pasal *MoU* tersebut. Apabila *MoU* hanya memuat sanksi moral, maka tidak dapat dikatakan/disebut sebagai kontrak (menurut teori *Holmes* menyatakan bahwa tidak ada sanksi moral dalam suatu kontrak).

c) Memorandum of Understanding Menurut Negara Australia

Berbeda dengan Negara Indonesia yang menganut sistem hukum *civil law*, Negara Australia menganut sistem hukum *common law* yang melahirkan *Memorandum of Understanding (MoU)* untuk pertama kalinya dengan tujuan sebagai berikut:²⁹

- (1) Untuk menghindari kesulitan pembatalan suatu *agreement* atau kesepakatan pada masa mendatang, dalam hal bisnis yang belum jelas benar dan tidak komitmen untuk melakukan kerja sama antar pihak, sehingga dibentuk suatu *MoU* untuk memudahkan pembatalan kesepakatan/perjanjian.
- (2) Penandatanganan kontrak atau perjanjian formal yang memerlukan waktu atau jangka panjang karena para pihak masih melakukan negosiasi untuk menemukan suatu titik temu yang alot, sehingga dibentuklah *MoU* yang memiliki sifat atau berlaku untuk sementara waktu.
- (3) Adanya keraguan para pihak yang bersangkutan dan memerlukan waktu untuk memikirkan kembali dalam hal menandatangani kontrak formal, sehingga dibentuklah *MoU* yang bersifat sementara waktu/tidak tetap.
- (4) *MoU* dibentuk dan ditandatangani oleh pihak eksekutif dari suatu perusahaan tertentu, sehingga sebelum membentuk suatu perjanjian formalnya atau *treaty* yang rinci harus dirancang dan dinegosiasi secara khusus oleh *staff* yang lebih rendah namun wajib untuk menguasai secara teknis.

Menurut Ray Wijaya, beliau berpendapat bahwa:³⁰

“Memorandum of Understanding hanyalah suatu gentlemen’s agreement yang tidak memiliki akibat hukum, dan berupa suatu bukti awal yang terjadi atau tercapai saling pengertian mengenai masalah dan permasalahan pokok yang terjadi diantara para pihak.”

²⁹ Munir Fuady, *Hukum Bisnis dalam Teori dan Praktik*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1997), hlm. 91-92.

³⁰ I. G. Ray Wijaya, *Merancang Suatu Kontrak (Contract Drafting) Teori dan Praktik*, (Jakarta: Kasaint Blanc, 2003), hlm. 102.

Menurut Negara Australia yang menganut sistem hukum *common law*, suatu *MoU* dianggap tidak memiliki kekuatan hukum mengikat atau *non-legally binding* pada umumnya dan harus dibedakan dengan perjanjian formal dengan kekuatan mengikat atau *treaties*, sehingga suatu *MoU* dalam negara yang menganut sistem hukum *common law* tidak dapat digunakan atau dianggap tidak memiliki kekuatan untuk dijadikan sebagai alat pembuktian atau sebagai *enforce* oleh pengadilan.

3. Tinjauan Umum Tentang Hukum Perdata Internasional

a) Pengertian Hukum Perdata Internasional

Hukum Perdata Internasional memiliki fungsi utama sebagai pengatur hubungan hukum internasional antara satu negara dengan negara lainnya, yang mengatur kepentingan antara perseorangan atau disebut sebagai hubungan perdata sebagai bentuk penyelesaian perselisihan/sengketa mengenai perkawinan hingga perdagangan internasional/antar negara yang berbeda yang kemudian melibatkan lebih dari satu yuridiksi hukum dan hukum intern dari yuridiksi-yuridiksi itu berbeda satu sama lainnya.

Dalam negara yang menganut sistem hukum *civil law*, Hukum Perdata Internasional disebut sebagai *International Private Law*, sedangkan negara penganut sistem hukum *common law*, Hukum Perdata Internasional lebih dikenal sebagai *Conflict of Law*.

Aspek-aspek dalam Hukum Perdata Internasional:

- 1) Yurisdiksi, apakah pengadilan forum memiliki kekuatan untuk menyelesaikan sengketa yang dihadapi;
- 2) Pilihan Hukum, yaitu hukum yang diterapkan untuk menyelesaikan perselisihan/sengketa yang terjadi dalam hubungan perdata internasional;
- 3) Pertimbangan Hukum Asing, yaitu kemampuan untuk mengakui dan menegakkan putusan dari forum eksternal dalam yurisdiksi dimana forum bertindak sebagai hakim.

Berikut ini definisi-definisi serta pendapat mengenai Hukum Perdata Internasional menurut beberapa ahli, yaitu:

Sudargo Gautama, beliau berpendapat bahwa:³¹

“Hukum Perdata Internasional didefinisikan sebagai suatu keseluruhan peraturan dan keputusan hukum yang menunjukkan stelsel/kaidah hukum manakah yang akan berlaku dari dua atau lebih negara yang berbeda dalam lingkungan kuasa tempat, pribadi, dan soal-soal.”

Prof. Mochtar Kusumaatmadja, beliau berpendapat bahwa:³²

“Hukum Perdata Internasional adalah keseluruhan dari kaidah dan asas hukum yang mengatur suatu hubungan perdata yang melintasi batas negara, suatu hukum yang mengatur hubungan perdata antara para pelaku hukum/subjek hukum yang masing-masing tunduk atau mematuhi hukum perdata internasional yang berkelainan satu sama lain.”

Berdasarkan definisi serta pendapat dari kedua ahli hukum diatas mengenai Hukum Perdata Internasional, Penulis dapat menyimpulkan bahwa Hukum Perdata Internasional merupakan suatu peraturan yang dikhususkan untuk mengatur hubungan internasional antara dua atau lebih negara mengenai hal-hal yang berbau pribadi, serta ditujukan sebagai suatu solusi atau sebagai suatu jalan penyelesaian apabila terjadi suatu sengketa diantara para pihak yang bersangkutan.

³¹ Sudargo Gautama I, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Badan Pembinaan Hukum Nasional, (Bandung: BinaCipta, 1987), hlm. 21.

³² Mochtar Kusumaatmadja dan Ety R. Agoes, *Pengantar Hukum Internasional*, Cetakan Kesatu, (Bandung: PT. Alumni, 2003), hlm. 1.

b) Ruang Lingkup Hukum Perdata Internasional³³

- 1) Hukum Perdata Internasional, *Rechtstoepassingsrecht* (yang tersempit)

Hukum Perdata Internasional hanya terbatas pada masalah hukum yang diberlakukan (*rechtstoepassingrecht*). Di sini yang dibahas hanyalah masalah-masalah yang berkenaan dengan hukum yang harus diberlakukan. Hal-hal lain yang berkenaan dengan kompetensi hakim, status orang asing, dan kewarganegaraan tidak termasuk bidang Hukum Perdata Internasional. Sistem semacam ini dianut oleh Hukum Perdata Internasional Jerman dan Belanda.

- 2) Hukum Perdata Internasional, *Choice of Law & Choice of Jurisdiction* (yang lebih luas)

Menurut sistem ini, Hukum Perdata Internasional tidak hanya terbatas pada persoalan-persoalan *conflict of law* (tepatnya *choice of law*), tetapi termasuk pula persoalan *conflict of jurisdiction* (tepatnya *choice of jurisdiction*), yakni persoalan yang bertalian dengan kompetensi atau wewenang hakim. Jadi Hukum Perdata Internasional tidak hanya menyangkut masalah hukum yang diberlakukan, tetapi juga hakim manakah yang berwenang. Sistem Hukum Perdata Internasional yang lebih luas ini dikenal di Inggris, Amerika Serikat, dan negara-negara *Anglo Saxon* (*common law*) lainnya.

- 3) Hukum Perdata Internasional, *Choice of Law, Choice of Jurisdiction & Condition des Etrangers* (yang lebih luas lagi)

Dalam sistem ini Hukum Perdata Internasional tidak hanya menyangkut persoalan pilihan hukum dan pilihan forum atau hakim, tetapi juga menyangkut status orang asing. Sistem

³³ “*Jurnal Diktat Hukum Perdata Internasional*”, (Universitas Udayana Denpasar, 2016) Simdos.unud.ac.id, diunduh tanggal 05 Agustus 2019. Hlm. 5-6.

semacam ini dikenal di negara-negara latin, yaitu Italia, Spanyol, dan negara-negara Amerika Selatan.

4) Hukum Perdata Internasional, *Choice of Law, Choice of Jurisdiction, Condition des Etrangers & Nationalite* (yang terluas)

Menurut sistem ini Hukum Perdata Internasional menyangkut persoalan pilihan hukum, pilihan forum atau hakim, status orang asing, dan kewarganegaraan (*nasionalite*). Masalah kewarganegaraan ini menyangkut persoalan tentang cara memperoleh dan hilangnya kewarganegaraan. Sistem yang sangat luas ini dikenal dalam Hukum Perdata Internasional Perancis.³⁴

c) Titik Taut dalam Hukum Perdata Internasional

Titik pertalian atau titik taut dalam Hukum Perdata Internasional (dikenal juga sebagai *anknopingspunten* dan *connecting factors*) merupakan suatu keadaan penyebab diberlakukannya suatu stelsel hukum.³⁵

Berdasarkan pendekatan secara tradisional, proses penyelesaian sengketa dalam Hukum Perdata Internasional dimulai dengan evaluasi terhadap titik taut primer, setelah melalui proses kualifikasi fakta, konsep titik taut kembali digunakan dalam titik taut sekunder dengan tujuan/rangka untuk menentukan hukum yang akan diberlakukan dalam proses penyelesaian perkara/sengketa Hukum Perdata Internasional.

Terdapat 2 (dua) macam titik taut dalam Hukum Perdata Internasional, yaitu sebagai berikut:

³⁴ Ridwan Khairandy, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia, Cetakan Pertama*, (Yogyakarta: Gama Media, 1999), hlm. 11-12.

³⁵ Sudargo Gautama III, *Hukum Perdata Internasional, Jilid Kedua Bagian Pertama (buku 2)*, (Bandung: Eresco, 1986), hlm. 24.

1) Titik Taut/Pertalian Primer

Titik taut primer adalah suatu keadaan atau fakta serta faktor yang dapat menciptakan suatu hubungan Hukum Perdata Internasional³⁶, berikut ini adalah faktor-faktor yang termasuk dalam titik taut primer:³⁷

(a) Kewarganegaraan

Perbedaan kewarganegaraan di antara para pihak yang melakukan suatu hubungan hukum akan melahirkan persoalan Hukum Perdata Internasional.

(b) Bendera Kapal dan Pesawat Udara

Bendera kapal dan pesawat udara menunjukkan pada dimana tempat atau negara yang mendaftarkan kapal/pesawat udara untuk memperoleh kebangsaan, sehingga dapat ditetapkan hukum manakah yang akan diberlakukan dan menguasai kapal/pesawat udara tersebut.

(c) Domisili

Domisili merupakan tempat tinggal atau kediaman seseorang yang tetap dan resmi/sah, yang biasanya digunakan untuk urusan menemui seseorang maupun surat menyurat, faktor domisili dianggap sebagai salah satu faktor penting untuk menimbulkan hubungan/persoalan Hukum Perdata Internasional.

(d) Tempat Kediaman

Tempat kediaman dapat dikatakan sebagai tempat tinggal sementara bagi seseorang yang menetap diluar negeri/tidak berada di domisili sah (negara

³⁶ *Ibid*, hlm. 27.

³⁷ Ridwan Khairandy, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia, Cetakan Pertama*, (Yogyakarta: Gama Media, 1999), hlm. 26-28.

kependudukan seseorang), faktor tempat kediaman sementara ini dapat melahirkan suatu hubungan Hukum Perdata Internasional juga meskipun tidak berada didalam domisili/negara aslinya.

(e) Tempat Kedudukan Badan Hukum

Badan hukum sebagai subyek hukum juga dipandang memiliki kebangsaan serta tempat kedudukan secara legal/sah, dimana kedudukan badan hukum ditentukan dari tempat (negara) dimana badan hukum tersebut didaftarkan, tempat/negara yang mendaftarkan badan hukum kemudian akan diwajibkan untuk mematuhi hukum negara tersebut.

(f) Pilihan Hukum Internasional

Faktor ini merupakan kondisi dimana suatu kontrak atau perjanjian secara tertulis antara 2 (dua) atau lebih pihak yang bersangkutan bersepakat untuk menggunakan hukum negara manakah yang akan mengatur isi perjanjian apabila terjadi suatu perkara/sengketa dalam hubungan Hukum Perdata Internasional.³⁸

2) Titik Taut/Pertalian Sekunder

Titik taut sekunder merupakan sekumpulan fakta/keadaan serta faktor yang menentukan hukum negara mana yang harus/akan diberlakukan atau digunakan dalam hubungan Hukum Perdata Internasional, berikut ini faktor-faktor yang termasuk dalam titik taut sekunder:³⁹

³⁸ Sudargo Gautama III, *op cit*, hlm. 30-31.

³⁹ Ridwan Khairandy, *op cit*, hlm. 28-29.

- (a) Tempat terletak benda (*lex situs / lex rei sitae*)
- (b) Tempat dilangsungkannya perbuatan hukum (*lex loci actus*)
- (c) Tempat dilangsungkannya atau diresmikan perkawinan (*lex loci celebrationis*)
- (d) Tempat ditandatanganinya kontrak (*lex loci contractus*)
- (e) Tempat dilaksanakannya perjanjian (*lex loci solutionis / lex loci executionis*)
- (f) Tempat terjadinya perbuatan melawan hukum (*lex loci delicti commisi*)
- (g) Pilihan hukum (*choice of law*); menurut Sudargo Gautama ada kemungkinan titik taut sekunder jatuhnya bersamaan dengan titik taut primer yaitu :
 - (1) Kewarganegaraan;
 - (2) Bendera Kapal dan Pesawat Udara;
 - (3) Domisili;
 - (4) Tempat Kediaman;
 - (5) Tempat Kedudukan Badan Hukum.

d) Asas-Asas Hukum Perdata Internasional dalam Perjanjian Tertulis atau Kontrak

Suatu kesepakatan atau persetujuan antara 2 (dua) atau lebih pihak atas sesuatu hal, keadaan atau kewajiban yang harus dilakukan oleh salah satu pihak maupun keseluruhannya sering kali dicantumkan dalam perjanjian tertulis. Pada prinsipnya hukum yang berlaku didalam kontrak/perjanjian tertulis yang mengandung unsur Hukum Perdata Internasional merupakan hukum yang dipilih sendiri oleh para pihak yang bersangkutan. Dalam perjanjian bersifat internasional ini haruslah berdasarkan kesepakatan atau persetujuan bersama antara para pihak yang bersangkutan, apabila pilihan hukum tersebut tidak ditemukan dalam kontrak/perjanjian tertulis yang

bersangkutan, maka dapat menggunakan titik taut sekunder sebagai bantuan.⁴⁰

1) Pilihan Hukum (*choice of law*) atau Asas Kebebasan Berkontrak

Asas kebebasan untuk melakukan perbuatan mengikat dalam kontrak memberikan kebebasan bagi para pihak yang bersangkutan untuk menentukan apa isi dan bentuk suatu perjanjian termasuk untuk menentukan/memilih hukum, isi dari perjanjian yang telah disepakati tersebut kemudian akan berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak yang bersangkutan.

Meskipun para pihak diberikan kebebasan, tidak berarti bahwa kebebasan tersebut tanpa batas, pada dasarnya para pihak bebas untuk melakukan dan menentukan pilihan hukum dengan mengingat beberapa pembatasan, yaitu:⁴¹

- (a) Tidak bertentangan dengan ketertiban umum;
- (b) Pilihan hukum tidak mengenai hukum yang bersifat memaksa;
- (c) Pilihan hukum hanya dalam bidang perjanjian, kecuali perjanjian kerja.

2) *Lex Loci Contractus*

Teori asas ini menjelaskan bahwa hukum yang berlaku adalah hukum dari tempat dimana kontrak itu dibuat (tempat pembuatan kontrak/perjanjian tertulis), menurut konteks Hukum Perdata Internasional, tempat pembuatan kontrak adalah tempat dilaksanakannya tindakan terakhir yang dibutuhkan untuk melahirkan suatu kesepakatan atau persetujuan.

⁴⁰ Ridwan Khairandy, *op cit*, hlm. 108.

⁴¹ Dr. Aminah, S.H., M.Si, "*Pilihan Hukum Dalam Kontrak Perdata Internasional*" jurnal.simdos.unud.ac.id/pdf, diunduh tanggal 08 September 2019.

3) *Lex Loci Solutionis*

Menurut teori dari asas ini, hukum yang berlaku bagi suatu kontrak adalah tempat/lokasi dimana kontrak/perjanjian tersebut dilaksanakan.

4) *The Proper Law of a Contract*

Teori hukum ini digunakan untuk menegaskan bahwa adanya suatu “*intention of the parties*” karena dikehendaki oleh para pihak bersangkutan.⁴² Hukum yang dikehendaki itu bisa dinyatakan secara tegas yaitu dicantumkan dalam perjanjian, bisa pula tidak dinyatakan secara tegas apabila ditegaskan keinginan para pihak, maka hukum yang diberlakukan adalah yang ditegaskan. Apabila tidak ditegaskan, maka harus disimpulkan oleh pengadilan dengan melihat pada isi perjanjian, bentuknya unsur-unsur perjanjian maupun kejadian-kejadian/peristiwa-peristiwa disekelilingnya yang relevan dengan perjanjian tersebut.

5) *The Most Characteristic Connection*

Teori ini menyatakan bahwa kewajiban untuk melakukan suatu prestasi yang paling karakteristik adalah hukum yang dianggap harus dipergunakan karena hukum inilah yang terberat dan yang sewajarnya digunakan. Misalnya dalam perjanjian jual beli, maka pihak penjual yang dianggap melakukan prestasi yang paling karakteristik. Dalam perjanjian kredit Bank, maka pihak Banklah yang dianggap mempunyai prestasi yang paling karakteristik. Demikian juga terhadap hubungan antara klien dengan advokat, yang dititikberatkan

⁴² Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia, Jilid Ketiga Bagian Kedua (buku 8)*, (Bandung: Alumni, 1987), hlm. 20-21.

dan dianggap paling karakteristik adalah perbuatan-perbuatan hukum dari advokat.⁴³

e) Kualifikasi Dalam Hukum Perdata Internasional

1) Arti Penting Kualifikasi

Kualifikasi memiliki arti penting dalam setiap proses pengambilan keputusan hukum, dimana dengan melakukan kualifikasi seseorang dapat melakukan penataan kumpulan fakta/keadaan yang dihadapinya, mendefinisikannya kemudian menempatkan kualifikasi tersebut kedalam suatu kategori yuridis tertentu.

Kualifikasi dapat dibedakan menjadi 2 (dua) jenis, yaitu:⁴⁴

(a) Kualifikasi Fakta (Qualification of facts)

Proses kualifikasi yang dilakukan terhadap sekumpulan fakta yang dihadapi dalam sebuah peristiwa hukum untuk ditetapkan menjadi satu atau lebih peristiwa atau masalah hukum sesuai dengan sistem klasifikasi kaidah-kaidah hukum yang berlaku di dalam suatu sistem hukum tertentu.

(b) Kualifikasi Hukum (Legal Classification)

Penetapan tentang penggolongan/pembagian seluruh kaidah hukum di dalam sebuah sistem hukum ke dalam pembidangan, pengelompokan atau kategori hukum tertentu.

⁴³ Sudargo Gautama IV, *Hukum Perdata dan Dagang Internasional*, (Bandung: Alumni, 1980), hlm. 180.

⁴⁴ Bayu Seto Hardjowahono II, *Dasar-Dasar Hukum Perdata Internasional*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2013), hlm. 92-93.

2) Teori-Teori Kualifikasi

Dalam mengelompokkan fakta-fakta untuk mendapatkan jawaban yang dianggap paling baik atas pertanyaan suatu sengketa yang timbul kedalam istilah-istilah hukum tertentu, maka terdapat beberapa teori kualifikasi Hukum Perdata Internasional yang dapat digunakan, antara lain:

(a) Teori Kualifikasi *Lex Fori*

Teori ini menggunakan hukum materiil dari hakim pengadilan yang mengadili perkara tersebut, kebaikan dari teori ini adalah bahwa kaidah-kaidah hukum *lex fori* paling dikenal atau telah dipahami oleh hakim, sehingga sengketa lebih mudah diselesaikan.⁴⁵

Teori ini juga memiliki kelemahan yaitu terkadang terdapat kemungkinan timbulnya ketidakadilan yang terjadi karena adanya ukuran yang tidak sesuai dengan sistem hukum asing yang seharusnya diberlakukan atau bahkan ukuran yang tidak dikenal oleh sistem hukum asing tersebut.

(b) Teori Kualifikasi *Lex Causae*

Teori ini adalah bentuk perluasan dari *Lex Fori* yang menganggap bahwa kualifikasi harus dilaksanakan sesuai dengan ukuran dari keseluruhan sistem hukum yang berkaitan dengan perkara tersebut, dimana penentuan ini harus dilakukan dengan mendasar diri hasil kualifikasi yang dilakukan dengan memperhatikan sistem hukum asing yang bersangkutan. Setelah lembaga hukum ditetapkan, selanjutnya akan ditentukan kaidah-kaidah hukum apa diantara kaidah *lex fori* yang harus digunakan untuk menyelesaikan suatu perkara.⁴⁶

⁴⁵ Dr. C.F.G. Sunaryati Hartono, S.H., *Pokok-Pokok Hukum Perdata Internasional*, (Bandung: BinaCipta, 1976), hlm. 73.

⁴⁶ *Ibid*, hlm. 75.

(c) Teori Kualifikasi Bertahap

Teori ini muncul akibat dari adanya keberatan terhadap *Lex Causae*, alasan keberatan tersebut terletak pada ketidaksetujuan bahwa kualifikasi tidak mungkin dilakukan dengan *lex causae* atau berdasarkan hukum yang seharusnya berlaku karena sesungguhnya hukum yang hendak diberlakukan itulah yang justru masih perlu ditentukan dengan bantuan proses kualifikasi⁴⁷. Kualifikasi menurut Kualifikasi Teori Bertahap ini kemudian dibagi menjadi 2 (dua) tahap, yaitu:⁴⁸

(1) Tahap Pertama (Kualifikasi Primer)

Kualifikasi ini disebut juga sebagai *qualification arsten grades, primary classification, qualificatie in de eerste graad*, dimana hakim harus menemukan dan menentukan kaidah Hukum Perdata Internasional atau *Lex fori (choice of law)* yang akan digunakan sebagai titik taut penentu. Kaidah-kaidah Hukum Perdata Internasional *lex fori* harus dikualifikasikan menurut hukum materiil sang hakim (kaidah internal *lex fori*). Pada tahap ini dicari kepastian mengenai pengertian-pengertian hukum, seperti domisili, pewarisan, tempat dilaksanakannya kontrak. Semua itu harus disandarkan pada pengertian-pengertian dari *lex fori*. Berdasarkan kualifikasi demikian inilah akan ditemukan hukum yang seharusnya dipergunakan (*lex causae*).

⁴⁷ Bayu Seto Hardjowahono II, *Dasar-Dasar Hukum Perdata Internasional*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2013), hlm. 106.

⁴⁸ *Ibid*, hlm. 106-107.

(2) Tahap Kedua (Kualifikasi Sekunder)

Kualifikasi ini disebut juga sebagai *qualification zweiten grades, secondary classification, qualificatie in de graad*, dimana kualifikasi ini dijalankan apabila kualifikasi *lex causae* telah ditetapkan dan telah diketahui hukum yang seharusnya diberlakukan itu adalah hukum asing untuk menyelesaikan suatu perkara, sehingga perlu untuk melakukan kualifikasi yang lebih jauh dan detail menurut hukum asing yang ditemukan itu. Dalam tahapan kedua ini, semua fakta dalam perkara harus dikualifikasikan kembali berdasarkan sistem kualifikasi yang ada pada *lex causae*⁴⁹.

(d) Teori Kualifikasi Analitis atau Otonom

Teori ini pada dasarnya bertitik tolak dari penolakan mereka terhadap asumsi yang melatarbelakangi suatu kaidah Hukum Perdata Internasional itu hanya hukum intern dari forum. Menurut penganut teori ini (Ernst Rabel (Jerman) dan Beckett (Inggris)), dalam tindakan kualifikasi terhadap kumpulan fakta harus dilakukan secara terlepas dari kaitannya pada suatu sistem hukum lokal/nasional tertentu (bersifat otonom).

Arti dari teori kualifikasi ini, konsep-konsep Hukum Perdata Internasional jangan diartikan hanya berdasarkan pengertian *Lex Fori* belaka akan tetapi harus juga didasarkan pada prinsip-prinsip yang dikenal secara universal dengan memperhatikan konsepsi-konsepsi di dalam sistem hukum asing yang dianggap hampir sama (dengan analogi/analogous).

⁴⁹ Ridwan Khairandy, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia, Cetakan Pertama*, (Yogyakarta: Gama Media, 1999), hlm. 57.

(e) Teori Kualifikasi Berdasarkan Tujuan Hukum Perdata Internasional

Teori kualifikasi ini bertitik tolak pada pandangan bahwa setiap kaidah Hukum Perdata Internasional harus dianggap memiliki suatu tujuan Hukum Perdata Internasional tertentu yang hendak dicapai dan tujuan-tujuan yang hendak dicapai melalui Hukum Perdata Internasional tersebut haruslah diletakkan dalam konteks kepentingan Hukum Perdata Internasional, yaitu:

- (1) Keadilan dalam hubungan internasional;
- (2) Kepastian hukum dalam hubungan bermasyarakat;
- (3) Ketertiban dalam hubungan internasional;
- (4) Kelancaran lalu lintas hubungan internasional.

B. Landasan Yuridis

1. Syarat Sah Memorandum of Understanding

a) Syarat Sah *Memorandum of Understanding* dalam Negara Indonesia

Menurut ketentuan sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, perjanjian merupakan suatu peristiwa dimana seseorang berjanji kepada orang lain atau pihak lainnya untuk memenuhi kewajiban mereka untuk melaksanakan suatu hal. Dalam kata lain terjadinya pengikatan diri antara kedua belah pihak, sesuai dengan ketentuan Buku III Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, para pihak diberi kebebasan untuk menentukan materi muatan MoU yang akan diatur, sepanjang perjanjian tersebut tidak bertentangan dengan hukum, norma kepatutan, kehati-hatian dan susila yang hidup dan diakui dalam masyarakat serta sepanjang penyusunan MoU itu memenuhi syarat-syarat yang dimuat sebagaimana perjanjian formal lainnya berdasarkan peraturan atau ketentuan yang tertuang dalam Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Kata sepakat harus diberikan secara bebas, dalam arti tidak ada paksaan, penipuan dan kekhilafan dalam suatu MoU, sehingga pihak yang membuatnya harus telah cakap hukum atau memiliki kecakapan dalam melakukan perbuatan-perbuatan hukum itu sendiri.

Ketentuan dalam Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata menyebutkan bahwa adanya syarat sah suatu perjanjian adalah sebagai berikut:

1) Kesepakatan para pihak

Yang dimaksud dengan kesepakatan para pihak ini adalah adanya rasa ikhlas atau saling memberi dan menerima secara sukarela oleh para pihak yang bersangkutan dalam membuat dan membentuk perjanjian tersebut. Kesepakatan dianggap tidak ada apabila suatu kontrak yang dibuat terdapat unsur atau dasar paksaan, penipuan atau kekhilafan.

Kesesuaian, kecocokan, serta pertemuan merupakan kehendak dari yang mengadakan hubungan hukum, perjanjian atau pernyataan kehendak yang disetujui dan disepakati oleh para pihak yang bersangkutan. Terdapat pula unsur kesepakatan sebagai berikut:

- (1) *Offerte* (penawaran), merupakan pernyataan pihak yang menawarkan.
- (2) *Acceptasi* (penerimaan), merupakan pernyataan pihak yang menerima penawaran.

Berdasarkan unsur tersebut, suatu kata kesepakatan dinilai penting untuk diketahui karena merupakan awal terjadinya perjanjian. Terdapat pula teori untuk mengetahui kapan suatu kesepakatan terjadi, antara lainnya:

(a) Teori Pernyataan

Teori ini mengajarkan bahwa suatu kata sepakat terjadi saat kehendak pihak untuk menerima suatu tawaran menyatakan bahwa ia menerima penawaran tersebut. Kelemahan dari teori ini sangat teoritis karena menganggap suatu kesepakatan terjadi secara otomatis.

(b) Teori Pengiriman

Teori ini mengajarkan bahwa suatu kata sepakat dapat terjadi pada saat kehendak yang dinyatakan itu dikirim oleh pihak yang menerima tawaran. Teori ini memiliki kelemahan dimana secara *logic* atau logikanya suatu kata sepakat bisa jadi tidak diketahui oleh pihak yang menawarkan meskipun telah dikirim.

(c) Teori Pengetahuan

Teori ini mengajarkan bahwa pihak yang menawarkan seharusnya sudah mengetahui bahwa tawarannya diterima meskipun tawaran tersebut belum tentu akan diterima oleh pihak yang memiliki kewenangan serta suatu kata sepakat tidak diketahui

secara langsung. Kelemahan dari teori ini adalah bagaimana pihak yang menawarkan mengetahui isi penerimaan itu apabila pihak lainnya belum menerima tawaran tersebut.

(d) Teori Penerimaan

Teori ini mengajarkan bahwa suatu kesepakatan terjadi pada saat pihak yang menawarkan menerima langsung jawaban dari pihak lainnya.

2) Kecakapan Para Pihak

Kata kecakapan yang dimaksud dalam poin ini adalah para pihak yang bersangkutan dalam membuat atau membentuk suatu kontrak/perjanjian tertulis harus dinyatakan atau dianggap sebagai subyek hukum. Pada Pasal 1330 Kitab Undang-Undang Perdata, telah diatur kategori atau golongan orang-orang yang dianggap tidak cakap hukum untuk membuat dan membentuk suatu perjanjian atau hubungan hukum yang memiliki sifat mengikat, antara lain:

- 1) Orang-orang yang belum dewasa atau masih anak-anak⁵⁰;
- 2) Orang-orang yang berada dibawah pengampunan⁵¹;
- 3) Orang yang berjenis kelamin perempuan/wanita, dalam hal-hal atau peraturan yang ditetapkan oleh undang-undang, dan pada umumnya semua orang kepada siapa

⁵⁰Menurut Pasal 330 *Burgerlijk Wetboek* (untuk selanjutnya disebut dengan “BW”), anak-anak yang belum diperbolehkan untuk membuat suatu perjanjian tertulis adalah orang yang belum berusia 21 (dua puluh satu) tahun dan belum menikah sebelum usia cakap. Tetapi sesuai dengan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, mereka yang belum berumur 18 (delapan belas) tahun atau belum menikah disebut sebagai golongan masih dibawah umur atau anak-anak.

⁵¹Menurut Pasal 433 BW, pengampunan adalah setiap orang yang telah dinilai cakap atau telah dewasa yang berada didalam kondisi atau keadaan dungu, gila (kejiwaan) atau mata gelap sehingga harus ditempatkan dibawah pengampunan, meskipun kadang-kadang atau dalam waktu tertentu orang tersebut menggunakan pikiran jernih.

undang-undang telah melarang untuk membuat perjanjian-perjanjian tertentu⁵².

3) Hal atau Obyek Tertentu

Hal atau obyek dalam perjanjian ini diwajibkan harus ada didalam setiap perjanjian sebagai suatu pokok prestasi yang memiliki kewajiban untuk memberikan sesuatu, untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu hal sebagaimana diatur dalam isi perjanjian yang telah diperjanjikan oleh para pihak.

Sesuai dengan ketentuan yang diatur pada Pasal 1333 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, suatu objek perjanjian harus ditentukan pokok/objek suatu barang paling sedikit ditentukan jenisnya, sedangkan mengenai jumlahnya dapat ditentukan pada waktu membuat perjanjian tersebut dengan syarat bahwa jumlahnya dapat dihitung atau ditentukan jumlahnya.

Pasal 1333 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata menjelaskan bahwa suatu objek yang diatur didalam kontrak atau perjanjian tertulis tersebut harus jelas, setidaknya-tidaknya dapat ditentukan. Dalam kata lain, objek tersebut tidak boleh samar-samar atau tidak jelas, ketentuan ini diatur karena dianggap penting untuk memberikan jaminan atau sebagai penjamin atas kepastian kepada pihak yang bersangkutan serta demi guna mencegah atau meminimalisir timbulnya kontrak fiktif.

⁵²Ketentuan tersebut kemudian dinyatakan tidak lagi berlaku dan telah dihapuskan, kemudian dinyatakan bahwa perempuan yang telah menikah tetap merupakan subyek yang cakap hukum untuk melakukan suatu perbuatan hukum. Berdasarkan ketentuan Pasal 31 Undang-Undang Perkawinan, dinyatakan secara tegas bahwa kedudukan dan hak antara istri dan suami adalah sama dan seimbang, sehingga masing-masing pihak memiliki hak untuk melakukan suatu perbuatan hukum.

4) Suatu Sebab yang Halal

Isi dari kontrak atau perjanjian tertulis ini harus memenuhi unsur suatu sebab yang halal atau tidak boleh bertentangan/melanggar aturan perundang-undangan yang sifatnya memaksa, peraturan ketertiban umum dan kesusilaan sebagaimana diatur dalam Pasal 1339 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata memberikan kebebasan untuk melakukan perjanjian tertulis/lisan atau berkontrak kepada para pihak yang bersangkutan, sehingga perjanjian secara lisan maupun tertulis tetap memiliki kekuatan hukum mengikat, dengan syarat bahwa suatu perjanjian harus memenuhi syarat-syarat sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

b) Syarat Sah *Memorandum of Understanding* dalam Negara Australia

Meskipun Negara Australia menganut sistem hukum *common law* yang menganggap bahwa suatu MoU tidak memiliki kekuatan mengikat terhadap pihak yang bersangkutan atau pembuat MoU (*non-legally binding*), terdapat cara atau syarat bagi Negara Australia untuk mengesahkan atau memberlakukan suatu MoU untuk memiliki kekuatan hukum untuk mengikat dan memaksa pihak yang bersangkutan untuk mentaati dan melaksanakan isi dari MoU tersebut.

Suatu MoU akan dinilai memiliki kekuatan mengikat apabila kedua belah pihak bersangkutan telah sepakat untuk menyatakan secara tertulis bahwa MoU yang telah di tandatangani memiliki sifat mengikat atau tidak. Cara lainnya untuk membuat suatu MoU memiliki sifat mengikat dan memaksa didalam Negara Australia adalah suatu bentuk MoU harus memenuhi unsur-unsur atau syarat yang telah ditetapkan untuk menunjukkan pembentukan kontrak yang mengikat secara hukum.

Untuk membentuk suatu MoU yang memiliki kekuatan mengikat secara hukum, para pihak yang bersangkutan harus menyatakan persetujuan bersama untuk terikat dalam MoU, memberikan pertimbangan dan suatu MoU yang dibentuk harus memiliki tujuan yang jelas dan sah serta ketentuan kontrak yang pasti dan jelas. Syarat utama dalam mengesahkan (*legally binding*) suatu MoU dalam Negara Australia, diperlukan 6 (enam) elemen/unsur dasar, antara lain.⁵³

a) Offer (Penawaran)

Penawaran disebut sebagai suatu janji untuk bertindak maupun menahan diri dari melakukan suatu tindakan yang dibuat sebagai imbalan atas janji pengembalian untuk melakukan sesuatu hal yang sama. Pengadilan Negara Australia membedakan negosiasi awal dari penawaran hukum formal karena menganggap bahwa negosiasi awal tidak memiliki niat dalam membentuk suatu kontrak atau perjanjian tertulis yang formal.

Penolakan terhadap penawaran tersebut mengakhiri kekuatan pihak penerima penawaran serta mengakhiri tanggungjawab pihak pemberi penawaran tersebut, sedangkan penawaran yang tidak ditolak, ditarik kembali atau dicabut biasanya akan berlanjut hingga berakhirnya jangka waktu sebagaimana yang telah ditentukan atau tidak ditentukan oleh pihak penawar.

b) Acceptance (Penerimaan)

Penerimaan terhadap suatu penawaran yang ditawarkan oleh pihak berwenang merupakan suatu ungkapan persetujuan atau kesepakatan terhadap ketentuan-ketentuannya, dimana penerimaan pada umumnya harus dilakukan dengan cara yang ditentukan oleh pihak penawar.

⁵³ “*The Six Elements of Contract Formation*”, contractingacademy.gatech.edu/wp, diunduh tanggal 05 Agustus 2019.

Terdapat berbagai metode penerimaan, baik secara lisan maupun tertulis, melalui media komunikasi seperti telepon maupun secara langsung, dengan cara berjabat tangan maupun upacara. Beberapa penawaran hanya dapat diterima oleh kinerja atau non-kinerja dari tindakan tertentu.

c) *Consideration* (Pertimbangan)

Para pihak yang bersangkutan dalam membentuk MoU ini harus memiliki sesuatu hal yang dapat mendorong pihak lainnya untuk memasuki perjanjian, dalam Undang-undang menyebut pertukaran nilai ini sebagai “pertimbangan”.

Pengadilan dalam negara yang menganut sistem hukum *common law* ini menegaskan bahwa tidak ada unsur pertimbangan ditmukan kecuali jika penerima mengalami kerugian hukum dalam membuat janji pengembalian atau dalam melakukan tindakan yang diminta oleh pihak penawar. Dalam aturan umum, suatu kerugian umum ditemukan apabila penerima penawaran melepaskan hak hukum dalam memenuhi tugas kontraktualnya, sehingga pada masa mendatangnya akan gagal menawarkan pertimbangan yang ditujukan untuk mendukung perjanjian baru yang bersifat formal.

d) *Mutuality of Obligation* (Mutualitas dari Kewajiban)

Menurut doktrin mutualitas dari kewajiban, pihak yang bersangkutan harus terikat untuk melakukan kewajiban sebagaimana kesepakatan dalam isi MoU, apabila tidak dilakukan maka hukum akan memperlakukan bahwa MoU tersebut seakan-akan tidak ada pihak yang terikat untuk melakukan kewajiban tersebut.

e) *Competency and Capacity* (Kompetensi dan Kapasitas)

Seseorang yang ingin mengikat dirinya dalam suatu perjanjian formal atau MoU yang memiliki kekuatan mengikat diwajibkan untuk memiliki kapasitas hukum yang lengkap untuk bertanggungjawab atas tugas atau kewajiban yang disetujui, kecuali apabila seseorang tersebut dibawah umur⁵⁴, cacat mental⁵⁵/tidak sadar/mabuk.

f) *A Written Instrument* (Instrumen Tertulis)

Tidak seluruh kontrak atau perjanjian perlu dibentuk secara tertulis untuk diberlakukan dalam suatu negara, tetapi hampir setiap badan legislatif negara bagian telah memberlakukan suatu badan hukum yang mengidentifikasi jenis-jenis kontrak tertentu yang harus secara tertulis agar dapat ditegakkan.

⁵⁴Di Negara Australia, anak dibawah umur didefinisikan sebagai seseorang yang berusia dibawah 18 (delapan belas), sehingga pengadilan Negara Australia melindungi mereka dari dimintai pertanggungjawaban karena secara tidak bijaksana memasukkan kontrak dalam bentuk apapun.

⁵⁵Ketika salah satu pihak yang bersangkutan tidak memahami sifat dan konsekuensi dari suatu perjanjian yang telah disepakati, hukum memperlakukan pihak tersebut sebagai kurang kapasitas mental untuk membentuk kontrak yang mengikat, sehingga isi dari MoU tersebut dinyatakan batal demi hukum.

C. Landasan Teoritis

Teori Hukum Pembangunan Mochtar Kusumaatmadja

Seiring dengan perkembangan zaman, hukum dalam negara Indonesia cenderung menjadi kurang efektif untuk diterapkan dalam masyarakat. Hal ini disebabkan oleh kasus yang timbul sebagai akibat dari kemajuan zaman sehingga tidak tersedia undang-undang atau peraturan hukum tertulis yang mengatur dan sebagai pedoman dalam menyelesaikan suatu sengketa/kasus yang terjadi.

Mochtar Kusumaatmadja memberikan definisi hukum sebagai keseluruhan asas dan kaidah yang mengatur kehidupan manusia dalam masyarakat, termasuk lembaga dan proses dalam mewujudkan berlakunya kaidah itu dalam kenyataan masyarakat.⁵⁶

Beliau kemudian mengemukakan tujuan pokok hukum bila direduksi pada satu hal saja adalah ketertiban yang dijadikan syarat pokok bagi adanya masyarakat yang teratur. Tujuan lain hukum adalah tercapainya keadilan yang berbeda-beda baik isi maupun ukurannya, menurut masyarakat dan jaman yang berkembang. Selanjutnya untuk mencapai ketertiban diusahakan adanya kepastian hukum dalam pergaulan manusia di masyarakat, karena tidak mungkin manusia dapat mengembangkan bakat dan kemampuan yang diberikan Tuhan kepadanya secara optimal tanpa adanya kepastian hukum dan ketertiban. Fungsi hukum dalam masyarakat Indonesia yang sedang membangun tidak cukup untuk menjamin kepastian dan ketertiban.⁵⁷ Lebih jauh, Mochtar berpendapat bahwa pengertian hukum sebagai sarana lebih luas dari hukum sebagai alat karena:⁵⁸

1. Pada negara Indonesia, peranan perundang-undangan atau peraturan tertulis dalam proses pembaharuan hukum lebih menonjol, misalnya jika dibandingkan dengan Amerika Serikat yang menempatkan

⁵⁶ Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-konsep Hukum dalam Pembangunan Nasional*, (Bandung: Alumni, 2002), hlm.7

⁵⁷ Teori Hukum Pembangunan Dari Prof. Mochtar Kusumaatmadja, <http://www.pnlhoksukon.go.id/content/artikel/page/1/201706121130331667100795593e18e9240d4.html>, diunduh tanggal 10 Maret 2020.

⁵⁸ Teori Hukum Pembangunan Mochtar Kusumaatmadja, <https://yuokysurinda.wordpress.com/2016/02/27/teori-hukum-pembangunan-mochtar-kusumaatmadja/>, diunduh tanggal 10 Maret 2020.

yurisprudensi (khususnya putusan the Supreme Court) pada tempat lebih penting

2. Konsep hukum sebagai alat akan mengakibatkan hasil yang tidak jauh berbeda dengan penerapan legisme (Undang-undang sebagai sumber hukum satu-satunya dan tidak ada hukum diluar itu).

3. Apabila hukum di sini termasuk juga hukum internasional, maka konsep hukum sebagai sarana pembaharuan masyarakat sudah diterapkan jauh sebelum konsep ini diterima secara resmi sebagai landasan kebijakan hukum nasional.

Fungsi hukum dalam masyarakat Indonesia yang sedang membangun tidak cukup untuk menjamin kepastian dan ketertiban. Menurut Mochtar Kusumaatmadja, hukum diharapkan agar berfungsi lebih daripada itu yakni sebagai “sarana pembaharuan masyarakat” (*law as a tool of social engineering*) atau “sarana pembangunan” dengan pokok-pokok pikiran sebagai berikut:

“hukum merupakan “sarana pembaharuan masyarakat” yang didasarkan kepada anggapan bahwa adanya keteraturan atau ketertiban dalam usaha pembangunan dan pembaharuan itu merupakan suatu yang diinginkan atau dipandang (mutlak) perlu. Anggapan lain yang terkandung dalam konsepsi hukum sebagai sarana pembaharuan adalah bahwa hukum dalam arti kaidah atau peraturan hukum memang bisa berfungsi sebagai alat (pengatur) atau sarana pembangunan dalam arti penyalur arah kegiatan manusia ke arah yang dikehendaki oleh pembangunan dan pembaharuan.”

Semakin cepat hukum merespons suara pembaruan /perubahan hukum dalam masyarakat, semakin besar pula peran yang dimainkan oleh hukum untuk perubahan masyarakat tersebut. Sebaliknya, semakin lamban hukum merespon suara-suara pembaruan dalam masyarakat, semakin kecil fungsi dan andil hukum dalam mengubah masyarakat tersebut karena masyarakat tersebut sudah terlebih dahulu mengubah dirinya sendiri. Dalam hal ini, hukum hanyalah berfungsi sebagai ratifikasi dan legitimasi saja sehingga

dalam kasus seperti ini bukan hukum yang mengubah masyarakat, melainkan perkembangan yang mengubah hukum.⁵⁹

Di Negara Indonesia, Undang-Undang merupakan cara pengaturan hukum yang utama, pembaruan masyarakat dengan jalan hukum berarti pembaruan hukum terutama melalui perundang-undangan.⁶⁰ Hal ini karena hukum sebagai sarana pembangunan adalah bahwa hukum dalam arti kaidah atau peraturan hukum memang berfungsi sebagai alat pengatur atau sarana pembangunan dalam arti penyalur kegiatan manusia kearah yang dikehendaki oleh pembangunan atau pembaharuan.⁶¹

⁵⁹ Munir Fuady, *Sosiologi Hukum Kontemporer "Interaksi Hukum, Kekuasaan, dan Masyarakat"*, (Jakarta: Kencana, 2011), hlm. 61.

⁶⁰ Sonny Keraf, *Hukum Kodrat dan Teori Hak Milik*, (Yogyakarta: Kanisius, 1997), hlm.89.

⁶¹ *Ibid.*, hlm.88.